

**Ich stehe hier und kann nicht anders: zugleich
Glosse zum Urteil des OLG Düsseldorf in Sachen
Schienenkartell vom 23.1.2019**

Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T. (2019). Ich stehe hier und kann nicht anders: zugleich Glosse zum Urteil des OLG Düsseldorf in Sachen Schienenkartell vom 23.1.2019. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht : NZKart*, 4, 202-205. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-65245-3>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Dr. Thomas Thiede LL. M., Dortmund/Graz*

Ich stehe hier und kann nicht anders.**– zugleich Glosse zum Urteil des OLG Düsseldorf in Sachen Schienenkartell vom 23.1.2019¹ –**

Martin Luther verfasste nach der Lektüre einer Instruktionsschrift für Ablasshändler an seine kirchlichen Vorgesetzten eine Denkschrift nebst 95 Thesen, die er – wohl der Legende nach – sodann an die Schlosskirche zu Wittenberg nagelte. Die Situation eskalierte: Luther wurde zur Verhandlung vor den Reichstag nach Worms geladen, sprach dort (wohl) die hier titelgebenden Worte und weigerte sich im Rahmen der dortigen Verhandlung, seine Lehren zurückzunehmen, denn, so Luther, „wenn ich nicht durch Zeugnisse der Schrift und klare Vernunftgründe überzeugt werde, ... kann und will ich nichts widerrufen, weil wider das Gewissen etwas zu tun weder sicher noch heilsam ist.“²

Kurz vor dem Weihnachtsfest des letzten Jahres fällte der BGH mit der Entscheidung zum Schienenkartell³ eine durchaus aufsehenerregende Entscheidung: Entgegen der eigenen und der etablierten Spruchpraxis der Instanzgerichte sei, so der BGH, ein Anscheinsbeweis der Kartellbetroffenheit und des Schadenseintritts in Kartellschadensersatzverfahren nicht anwendbar, weil es letztlich an einem Erfahrungssatz dafür fehle, dass Kartellverstöße stets eine Kartellrendite nach sich zögen.

Mit dem vorliegenden Urteil wendet sich nun das OLG Düsseldorf gegen die vorgenannte Entscheidung des BGH. Ganz ähnlich wie bei Luther ist ein solcher „Ungehorsam“ eines Obergerichts gegenüber dem deutschen Höchstgericht ungewöhnlich. Der BGH nimmt ebenso wie römische Kirche des 16. Jahrhunderts für sich in Anspruch, für eine einheitliche Dogmatik respektive Rechtsanwendung zuständig zu sein. Es liegt daher nahe, dass sich der Senat des Düsseldorfer OLG ganz und gar in der Situation Luthers befand: Mangels gesetzlicher Anhaltspunkte und klarer rationaler Gründe konnte man schlicht anders, als dem BGH zu widersprechen.

I. Sachverhalt

Ein öffentliches Nahverkehrsunternehmen beschaffte von 2002 bis 2011 zur Erfüllung seiner Aufgaben Gleisoberbaumaterialien von den Beklagten. Das im Jahr 2011 durch das Bundeskartellamt gegen die Beklagten eingeleitete Bußgeldverfahren wurde im Jahre 2013 mit inzwischen überwiegend bestandskräftigen Bußgeldbescheiden wegen kartellrechtswidriger Absprachen in Bezug auf die vorgenannten Oberbaumaterialien abgeschlossen; hiernach hatten die Beklagten im „Kartell der Schienenfreunde“ Absprachen in einem Zeitraum von (mindestens) 2001-2011 getroffen. Das Instanzgericht hatte eine Haftung dem Grunde nach auf Ersatz eines Kartellschadens in Zusammenhang mit den streitbefangenen Beschaffungsgeschäften bejaht.

Der Senat des OLG Düsseldorf bestätigt die Entscheidung des Landgerichts und legt umfänglich jene Gründe dar, weshalb er dem BGH in seiner Schienenkartellentscheidung nicht zu folgen vermag.

II. Rechtlicher Hintergrund: Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung

Bekanntlich verlangt die Beweislastverteilung im Zivilprozess grundsätzlich, dass Kartellgeschädigte für die Geltendmachung eines Kartellschadensersatzanspruches, ihren Schaden sowie den rechtswidrigen und schuldhaften Kartellrechtsverstoß der Kartellanten darlegen und beweisen. Überdies trifft die Kartellgeschädigten die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ihr Erwerbsgeschäft Gegenstand des Kartellrechtsverstosses war; man spricht von der Kartellbetroffenheit. Einen Einblick in den Kartellrechtsverstoß erlangen Geschädigte dann, wenn das Kartell durch die Behörden aufgedeckt wurde und ein Bußgeldbescheid ergangen ist. Aus einem solchen Bescheid ergibt sich in aller Regel der Nachweis des rechtswidrigen Kartellrechtsverstosses, § 33 Abs. 4 GWB a. F. bzw. § 33 b GWB n. F. Zumeist enthält der Bußgeldbescheid keine Informationen zu der Kartellbetroffenheit oder dem Schaden. Wegen der Informationsasymmetrie zwischen Kartellanten und Kartellgeschädigten wissen Letztere selten, in welcher Höhe Mehrkosten durch das Kartell verursacht wurden und welche Erwerbsvorgänge konkret betroffen waren und können daher ihrer Darlegungs- und Beweislast kaum je genügen. Es bedarf teurer und zeitaufwendiger Gutachten schon zur Substantiierung der Klage. Bei einem erwartbaren Bestreiten der Kartellanten bedarf es im Verfahren nochmals eines Gutachtens mit gleichlautender Beweisfrage. Geschädigte Kläger müssen also zweimal ein Sachverständigengutachten bevorschussen; dies bei womöglich ungewissen Erfolgsaussichten.⁴ Private Kartellrechtsdurchsetzung droht zu scheitern.

Vor diesem Hintergrund erheben Kläger derzeit wohl zunächst Feststellungsklagen auf eine Haftung dem Grunde nach. Mit Blick auf die Gutachtenkosten müssen sie so immerhin die Schadenshöhe zunächst nicht aufwendig begutachten lassen. Den Beklagten entsteht durch diese Vorgehensweise erkennbar kein Nachteil, weil sich im anschlie-

* Dr. iur. Thomas Thiede, LL. M., ist Rechtsanwalt bei Spieker & Jaeger Partnerschaftsgesellschaft mbB in Dortmund, Universitätslektor an der Karl-Franzens-Universität in Graz, Lehrbeauftragter an der Ruhr-Universität in Bochum und Fellow des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL) sowie des European Law Institute (ELI). Diese Zeilen sind Wilhelm Waldorf zum 50. Geburtstag gewidmet.

1 OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.1.2019, VI-U (Kart) 18/17, NZKart 2019, 157 ff. – *Schienenkartell*.

2 Vgl. Heiko A. Oberman, Die Kirche im Zeitalter der Reformation, in: Kirchen- und Theologiegeschichte in Quellen Bd. III (2004), 58 ff.

3 BGH, Urt. v. 11.1.2018, KZR 26/17, NZKart 2019, 101.

4 Es liegt auf der Hand, dass Kläger in dieser Situation von einer Klage absehen. Erkennbar zielen Veröffentlichungen und die Taktik der Prozessvertreter von Kartellanten genau hierauf ab; Geschädigte sollen von der Durchsetzung ihrer Ansprüche wohl dadurch abgehalten werden, dass sie in einem möglichst frühen Verfahrensstadium kostenintensive Gutachten bevorschussen müssen. Vgl. etwa Dworschak/Jopen, Zum Nachweis der Kartellbetroffenheit und des Schadenseintritts nach der BGH-Entscheidung in Sachen *Schienenkartell*, NZKart 2019, 126 (129); Hertel/Nuys/Penz, Anscheinsbeweis Adieu, NZKart 2019, 86, 88.

enden Bezifferungsverfahren durchaus ergeben kann, dass nur ein nomineller Schaden vorliegt.⁵

Vergegenwärtigt man sich, dass der Kartellrechtsverstoß durch die Kartellbehörden in den hier interessierenden Fällen bindend festgestellt und damit der von den beklagten Kartellanten gerne vorgetragenen „Vielgestaltigkeit und Komplexität ihres Kartellrechtsverstoßes“⁶ doch einigermaßen beraubt ist, hielten die Instanz- und Rechtsmittelgerichte es nicht für notwendig, für die bloße Feststellung der zivilrechtlichen Haftung dem Grunde nach, trotzdem Beweis mittels Gutachten zu erheben. Es wurden gleich drei dogmatische Lösungsansätze entwickelt.⁷ Das OLG Karlsruhe⁸ verwies auf den BGH für einen ersten Anscheinsbeweis dahingehend, dass Kartelle zu einer Marktpreissteigerung führten.⁹ Wenn aber Kartelle zu einer Erhöhung des Marktpreises führen, streite, so das OLG Karlsruhe, ein weiterer Anscheinsbeweis dafür, dass von den Kartellanten erworbene Güter kartellbefangen seien und den Erwerbern ein Schaden entstanden sei. Das LG Dortmund zog den EuGH in Sachen *Kone*¹⁰ heran: Wenn, wie durch den EuGH erkannt, Kartellanten schon für solche Schäden hafteten, die durch den Erwerb bei Kartellaußenseitern entstünden (Preisschirm), dann müsse die Kartellbetroffenheit und der Schaden bei einem direkten Erwerb erst recht anzunehmen sein.¹¹

Während die vorgenannten Gerichte von einem Anscheinsbeweis ausgingen – der beklagte Kartellant muss den Erfahrungssatz erschüttern, was kaum je gelang –, verwies das OLG Düsseldorf stattdessen auf eine tatsächliche Vermutung der Kartellbetroffenheit und eines Schadens, wenn das Erwerbsgeschäft in zeitlich, räumlich und sachlichem Zusammenhang mit dem Kartellverstoß stünde.¹²

III. Die Kartellschadenersatzrichtlinie und die 9. GWB-Novelle

Vorliegend handelt es sich um einen Altfall, auf den das GWB i. d. F. 8. GWB-Novelle anzuwenden war. In der zwischenzeitlich in Kraft getretenen 9. GWB-Novelle findet sich indes die Schadensvermutung in § 33 a Abs. 2 Satz 1 GWB n. F. sogar als gesetzliche Vermutung in bewusster Anknüpfung an die oben ausgeführten Ansätze der Rechtsprechung¹³ sowie in Umsetzung, und dies ist zu betonen, einer umfänglich vorbereiteten und wissenschaftlichen fundierten europäischen Richtlinie, die ebenfalls diese Schadensvermutung vorsieht.¹⁴

Richtigerweise verweist der Senat des OLG Düsseldorf im vorliegenden, wie auch schon in vergangenen Entscheidungen auf die Arbeiten des europäischen Richtlinien- und deutschen Gesetzgebers darauf, dass der dort zu Grunde liegende praktische Erfahrungssatz, wonach Kartelle eine preissteigernde Wirkung besitzen, auch für Kartellsachverhalte heranzuziehen ist, die vor Inkrafttreten der vorzitierten Vorschrift bereits abgeschlossen waren.

Jene, dieser gesetzlichen Vermutung zugrundeliegenden Erwägungen, Vorarbeiten und die zukünftige Rechtslage wurde indes durch den BGH in seinem Schienenkartellurteil mit keinem Wort erwähnt.

IV. Abweichung von der obergerichtlichen und der eigenen Rechtsprechung des BGH-Senats

Wie bereits oben angesprochen, entwickelte das OLG Karlsruhe den Anscheinsbeweis aus der Rechtsprechung des

BGH in Kartellbußgeldsachen. Der BGH formulierte in der Entscheidung Berliner Transportbeton I¹⁵ den Erfahrungssatz, wonach „die Gründung eines Kartells grundsätzlich der Steigerung des Gewinns der im Kartell beteiligten Unternehmen“ diene. Dies stünde, so der Senat des OLG Düsseldorf, im Übrigen im Einklang mit der höchststrichterlichen, strafrechtlichen Judikatur zu Submissionskartellen, die ebenfalls davon ausgeht, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass Submissionskartelle gebildet und am Leben erhalten werden, weil dies den Kartellanten bei Submissionen höhere, als die sonst erzielbaren Marktpreise bringen.¹⁶

Dem naheliegenden Einwand, dass eine Erkenntnis aus einer Kartellbußgeldsache oder gar der Strafsenate des BGH für Kartellzivilsachen nicht heranzuziehen seien, hat der BGH in der Entscheidung Grauzement II¹⁷ den Boden entzogen. Denn in dieser Entscheidung bestätigte derselbe für das Schienenkartellurteil verantwortliche Senat die Erwägungen aus dem Kartellbußgeldrecht, indem er aussprach, dass „es einem wirtschaftlichen Erfahrungssatz [entspreche], dass die Gründung eines Kartells grundsätzlich der Steigerung des Gewinns der am Kartell beteiligten Unternehmen diene. Deshalb spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Kartell gebildet und erhalten wird, weil es höhere als am Markt erzielbare Preise erbringt Damit ist es zugleich wahrscheinlich, dass bei den Abnehmern der Kartellanten hierdurch ein Schaden verursacht wird.“¹⁸

Einschränkungen lassen sich diesem Diktum nicht entnehmen. Dem Senat des OLG Düsseldorf ist daher beizupflichten, wenn er darauf hinweist, dass sich die in der Schienenkartellurteil des BGH zitierten Einschränkungen seiner vorherigen Entscheidungen¹⁹ – so etwa, dass Kartellanten nur „in einem gewissen Umfang“ der Notwendigkeit entziehen, sich im Wettbewerb gegen Konkurrenten durchzusetzen oder dass nach ökonomischen Grundsätzen bei Kartellen (lediglich) „vielfach“ eine Kartellrendite entstehen werde – dort schlechterdings nicht finden lassen. Mit der *Lutherschen* Aussage vor dem Reichstag findet sich in der „Schrift“, *scil.* den dort zitierten früheren Urteilen des BGH,

5 Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 17.11.2015, 11 U 73/11 Kart, BeckRS 2016, 5618; zu dieser Möglichkeit auch *Klumpe/Thiede*, Keeping the Floodgates Shut, NZKart 2017, 332 (334); *dies.*, Abyssus abyssum invocat, ÖZK 2018, 50 (52); *Stancke*, Die Betroffenheit und Aktivlegitimation im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, NZKart 2017, 636 (639).

6 Vgl. etwa *Dworschak/Jopen*, Zum Nachweis der Kartellbefangenheit und des Schadenseintritts nach der BGH-Entscheidung in Sachen *Schienenkartell*, NZKart 2019, 126 (129).

7 Vgl. *Fritschel/Klöppner/Schmidt*, Die Praxis der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, NZKart 2016, 412 (416); *Galle*, Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen, NZKart 2016, 214; *Thiede/Träbing*, Praxis des Anscheinsbeweises im Kartellschadensersatzrecht, NZKart 2016, 422.

8 OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013, 6 U 51/12 Kart., NZKart 2014, 366.

9 So noch BGH, Beschl. v. 28.6.2005, KRB 2/05, NJW 2006, 163; BGH, Urt. v. 12.6.2018, KZR 56/16, NZKart 2018, 315.

10 EuGH, Urt. v. 5.6.2014, C-557/12 – *Kone AG u. a./ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, NZKart 2014, 263.

11 LG Dortmund, Urt. 21.12.2016, 8 O 90/14 (Kart), NZKart 2017, 86.

12 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.8.2018, VI-U (Kart) 1/17, NZKart 2018, 477.

13 Begründung BReg, BT-Drs. 18/10207, 55.

14 Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU, Abl. 2014 L 349, 1.

15 BGH, Beschl. v. 28.6.2005, KRB 2/05, NJW 2006, 163 (164, Tz. 20 f.).

16 BGH, Urt. v. 8.1.1992, 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186, NJW 1992, 921 (923 unter III.4.a).

17 BGH, Urt. v. 12.6.2018, KZR 56/16, NZKart 2018, 315.

18 BGH, Urt. v. 12.6.2018, KZR 56/16, NZKart 2018, 315 (319, Tz. 35).

19 BGH, Urt. v. 11.1.2018, KZR 26/17, NZKart 2019, 101 (104, Tz. 55).

statt des „gewissen Umfangs“ das Wort „grundsätzlich“, statt eines „vielfach“ das Wort „regelmäßig“.

Die Nachlässigkeit des BGH ist keine Bagatelle: Kommt es nämlich nicht nur „vielfach“, sondern „regelmäßig“ zu einer Kartellrendite, deckt sich (erst) dies mit dem „wirtschaftlichen Erfahrungssatz“, dass eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ dafür bestehe, dass Kartelle gebildet und gehalten werden. Gerade diese Erkenntnis bildete die Grundlage für den Anscheinsbeweis bzw. die tatsächliche Vermutung im Sinne der Instanz- und Obergerichte.

V. Berücksichtigung (nur) eigener Interessen und fehlender Kartelldisziplin?

Dem Senat des OLG Düsseldorf genüge in der Vergangenheit für die tatsächliche Vermutung der Kartellbetroffenheit und des Eintritts eines (nominellen) Schadens, dass der streitgegenständliche Beschaffungsvorgang nach den äußeren Umständen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht von dem Kartellrechtsverstoß erfasst werde.²⁰ Der BGH verlangt in seiner Schienenkartellentscheidung nunmehr eine Gesamtwürdigung aller Umstände unter Berücksichtigung einer Vielzahl weiterer Faktoren, so etwa die Anzahl der Marktteilnehmer, die Zahl der an den Absprachen beteiligten Unternehmen, deren Möglichkeiten zum für die Umsetzung der Absprachen erforderlichen Informationsaustausch, den Anteil der Marktabdeckung, den Grad der Kartelldisziplin und den Möglichkeiten der Marktgegenseite zur anderweitigen Bedarfsdeckung oder der Ergreifung sonstiger Gegenmaßnahmen.²¹

Dieser Weiterung der durch den Kläger darzulegenden Tatsachen tritt der Senat des OLG Düsseldorf deutlich entgegen. Die Ausführungen des BGH im Schienenkartellurteil ließen – noch einmal *Luther* – keine „klaren Vernunftgründe“ dafür erkennen, dass der vorzitierte wirtschaftliche Erfahrungssatz keine Gültigkeit (mehr) besitzen soll.

Nicht überzeugend, so der Düsseldorfer Senat, sei der durch den BGH angeführte Allgemeinplatz, dass Unternehmen grundsätzlich ihre eigenen Interessen verfolgten und daher nicht durchweg bereit seien, sich der Kartelldisziplin zu fügen.²² Schon die Grundannahme, *scil.* die Verfolgung eigener unternehmerischer Interessen als alleiniges, die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen gleichsam abschließendes Ziel überzeugt schon nicht. Schon *Adam Smith* hat in seinem Grundlagenwerk *Wealth of Nations* im Jahr 1776 den Vorteil der arbeitsteiligen Verfolgung wirtschaftlicher Interessen nachgewiesen. Aus der anwaltlichen Kartellrechtspraxis ergibt sich, dass dies auch auf heutige Unternehmen übertragbar ist. Diese sind trotz der Verfolgung eigener Interessen, durchaus in der Lage, gemeinsam wirtschaftliche Ziele zu definieren und zu verfolgen; Gewinnoptimierung und Zusammenarbeit schließen einander nicht aus. Und auch die Fallpraxis des Bundeskartellamtes zu Gemeinschaftsunternehmen zeigt, dass nicht nur eine hohe Bereitschaft, sondern offensichtlich auch ein erhebliches, praktisches Bedürfnis besteht, wirtschaftliche Ziele gemeinsam zu verfolgen.

Blickt man nun auf die kartellrechtswidrige Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Ziele, widerspricht das Ausbrechen aus der Kartelldisziplin zudem nicht nur der wirtschaftlichen, sondern auch der kriminellen Vernunft. Gerade vor dem Hintergrund der potentiellen Bebußung des Kartellrechtsverstoßes, der potentiellen Strafverfolgung und der persönlichen Haftung der Beteiligten wäre es schlech-

terdings unvernünftig, den wirtschaftlichen Erfolg des Kartellrechtsverstoßes, also die Kartellrendite auszuschlagen und sich nicht nach den vereinbarten Spielregeln zu verhalten.²³

VI. Berücksichtigung der bloßen Möglichkeit praktischer Schwierigkeiten?

Der Senat des OLG Düsseldorf vermag dem BGH auch nicht darin folgen, dass für den Fortfall der tatsächlichen Vermutung die bloße Möglichkeit genüge, dass die Umsetzung des Kartells „auf praktische Schwierigkeiten“ stoße.²⁴ Zu Recht verweist der Senat des OLG Düsseldorf darauf, dass die Behauptung einer bloßen Möglichkeit praktischer Schwierigkeiten keinesfalls ausreichen könne. Schon der Alltag lehrt: „Irgendwas ist immer.“ Mit dem BGH wäre es in Hinsicht auf die Möglichkeit praktischer Schwierigkeiten sogar möglich, die bloße Gefahr der Aufdeckung des Kartellrechtsverstoßes vorzutragen und den Erfahrungssatz hierdurch zu hintertreiben.

Das OLG Düsseldorf betont daher zutreffend, dass der BGH Regel und Ausnahme verkennt: Nur in – mit Blick auf wirtschaftliche und kriminelle Vernunft, seltenen – Ausnahmefällen mögen auf ein in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht dem äußeren Rahmen des Kartells unterfallendes Geschäft die Spielregeln des Kartells keine Anwendung gefunden haben. Die Kartellanten müssen daher nicht die entfernte Möglichkeit praktischer Schwierigkeiten schlicht behaupten, sondern den Ausnahmefall darlegen und beweisen. Dies entspricht, so das OLG Düsseldorf, auch dem Wissensstand der Verfahrensbeteiligten. Anders als die Kartellgeschädigten verfügen nur die Kartellanten über Beweismittel hinsichtlich derjenigen Geschäfte, die sich zwar äußerlich in die Kartellabsprache einfügten, die aber ausnahmsweise nicht den Spielregeln des Kartells folgten.

VII. Revisionsrichterliche Überprüfung?

Der BGH hat in seinem Schienenkartellurteil eine tatsächliche Vermutung unter hier bereits angesprochenen Voraussetzungen ausdrücklich zugelassen und sich damit aus der Arena der Auseinandersetzung – anders als die römische Kirche des 16. Jahrhunderts – weise zurückgezogen und die weitere Arbeit den Instanz- und Rechtsmittelgerichten überlassen.

Denn bei der tatsächlichen Vermutung handelt es um eine Beweiswürdigung des befassen Gerichts, die ausweislich §§ 546, 559 Abs. 2 ZPO in der Revision nur auf Widersprüchlichkeiten, Verstoß gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze sowie auf fehlender Würdigung von Teilen des Beweisergebnisses überprüft werden kann.²⁵

Gerade beim Indizienbeweis – als dessen Sonderfall der Kartellsenat des BGH die tatsächliche Vermutung mit Recht

20 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.8.2018, VI-U (Kart) 1/17, NZKart 2018, 477.

21 BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, NZKart 2019, 101 (104 Tz. 57f.).

22 BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, NZKart 2019, 101 (105 Tz. 57 a. E.).

23 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.8.2018, VI-U (Kart) 1/17, NZKart 2018, 477.

24 BGH, Urt. v. 11.12.2018, KZR 26/17, NZKart 2019, 101 (105 Tz. 62).

25 Vgl. etwa jüngst BGH, Urt. v. 27.7.2017, I ZR 68/16, NJW 2018, 68 (70 Tz. 20) und aus der Literatur statt aller Zöller/Hefler, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 546 Rn. 13 m. w. N.

sieht – ist der Tatrichter grundsätzlich frei, welche Aussagekraft er den Hilfstatsachen im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst.²⁶ Bei der Anwendung der tatsächlichen Vermutung ergibt sich daher kein Prüfungsrecht des BGH, weil er den die Vermutung stützenden Erfahrungssatz im Schienenurteil anerkannt hat.²⁷

VIII. Resümee

Es ist wohl nicht davon auszugehen, dass der BGH über die vorliegende Entscheidung übermäßig begeistert war; ein Widerspruch durch Obergerichte ist vergleichsweise rar. Aus der Perspektive der Rechtswissenschaft und der Praxis ist ein solcher Widerspruch indes höchst erfreulich. Der gewiss nützliche Diskurs gerade der durch den BGH und das OLG Düsseldorf entschiedenen Fragen kann sich nur dann er-

geben, wenn auf eine These auch eine Gegenthese folgt. Nur so können Fehlentwicklungen erkannt und gegebenenfalls korrigiert werden sowie eine Ausdifferenzierung und Weiterentwicklung des Kartellschadensersatzrechtes überhaupt je gelingen.

Diese Gedanken finden sich schon in der Bibel, hier in der, durch Luther erst ermöglichten, deutschen Übersetzung: *Habe ich übel geredet, so beweise, dass es übel ist; habe ich aber recht geredet, was schlägst du mich?*²⁸

26 Vgl. BGH, Urt. v. 13.7.2004, VI ZR 136/06, NJW 2004, 3423 (3424); BGH, Urt. v. 5.3.2009, III ZR 17/08, BeckRS 2009, 8888, Tz. 21, jeweils m. w. N.

27 Zutreffend LG Stuttgart, Urt. v. 11.2.2019, 45 O 4/17, NZKart 2019, 177 (178 Tz. 53).

28 Johannes 18, 23.

Dr. Michael Mayr, Köln/Brüssel*

Zusammenschlusskontrolle – Die Subsidiarität der neuen Transaktionswert-Schwellen

Deutschland und Österreich haben im Jahr 2017 Transaktionswert-Schwellen zur Beurteilung zusammenschlusskontrollrechtlicher Anmeldepflichten in das GWB bzw. das KartG aufgenommen. Die Gesetzesmaterialien sowie der vom Bundeskartellamt (BKartA) und der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) herausgegebene Leitfaden bezeichnen die Transaktionswert-Schwellen als „subsidiär“ gegenüber den bislang bestehenden umsatzbasierten Aufgreifschwellen. Die konkrete Bedeutung dieser Subsidiarität ist jedoch weitgehend ungeklärt.

I. Die neuen Transaktionswert-Schwellen

Die Transaktionswert-Schwellen in Deutschland und Österreich sind in ihren wesentlichen Elementen parallel ausgestaltet.¹ Transaktionen, die einen der Zusammenschlussstatbestände des GWB bzw. KartG erfüllen, unterliegen nunmehr auch dann der Zusammenschlusskontrolle, wenn die beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreichen, der Transaktionsgegenwert EUR 400 Mio. bzw. EUR 200 Mio. übersteigt und das Zielunternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.²

Gemäß dem Leitfaden³ des BKartA und der BWB sind die Schwellen des § 35 Abs. 1 a GWB und des § 9 Abs. 4 KartG „subsidiär“: Die Transaktionswert-Schwellen seien eine „ergänzende, subsidiäre Schwelle“ für die Anmeldepflicht.⁴ Sie seien „subsidiär zu den umsatzbasierten Kriterien des § 35 Abs. 1 GWB und § 9 Abs. 1 bis 3 KartG anzuwenden“.⁵ Es komme zu einer Anwendung der Fusionskontrolle auch dann, „wenn subsidiär zu den bisherigen Voraussetzungen an die Umsatzschwellenwerte u. a. bestimmte Schwellen für den Wert der Gegenleistung erreicht werden und eine erhebliche Inlandstätigkeit des zu erwerbenden Unternehmens oder Unternehmensteils in Deutschland bzw. Österreich vorliegt“.⁶ Laut der Gesetzesbegründung wird die Subsidiarität der Transaktionswert-Schwelle in ihrer im GWB verankerten Fassung durch das Erfordernis unterstrichen, dass die Inlandsumsatzschwelle von EUR 5 Mio. von keinem anderen als dem erwerbenden Unternehmen überschritten wird.⁷ Im

Leitfaden wird die Transaktionswert-Schwelle an anderer Stelle als „*Auffangtatbestand*“ bezeichnet.⁸

II. Bedeutung der Subsidiarität

Die konkrete Bedeutung der im Leitfaden wiederholt hervorgehobenen Subsidiarität der Transaktionswert-Schwelle ist jedoch weitgehend unklar.⁹ Bedeutet die Subsidiarität bloß, dass die Transaktionswert-Schwelle immer dann zu prüfen ist, wenn ein Zusammenschluss die rein umsatzbasierten Schwellen nicht erreicht, oder soll die Transaktionswert-

* Dr. Michael Mayr ist Rechtsanwalt bei Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP in Köln und Brüssel.

1 Der grundlegendste Unterschied zwischen den beiden Aufgreifschwellen liegt darin, dass die deutsche Transaktionswert-Schwelle nur dann Anwendung finden kann, wenn das Zielunternehmen einen Inlandsumsatz von weniger als EUR 5 Mio. erzielte. Eine gleichartige negative Anwendungsvoraussetzung besteht in Österreich nicht.

2 § 35 Abs. 1 a GWB und § 9 Abs. 4 KartG. Nach der deutschen Transaktionswert-Schwelle müssen die beteiligten Unternehmen gemeinsam einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 500 Mio., ein beteiligtes Unternehmen einen Umsatz von mehr als EUR 25 Mio. in Deutschland und keines der anderen beteiligten Unternehmen einschließlich des zu erwerbenden Unternehmens Umsätze von jeweils mehr als EUR 5 Mio. in Deutschland erzielt haben. Nach der österreichischen Transaktionswert-Schwelle müssen die beteiligten Unternehmen gemeinsam einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 300 Mio. und in Österreich einen gemeinsamen Umsatz von mehr als EUR 15 Mio. erzielt haben; diese „gemeinsamen“ Schwellen können auch von nur einem Unternehmen alleine erfüllt werden.

3 BKartA und BWB, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1 a GWB und § 9 Abs. 4 KartG) (Juli 2018).

4 Leitfaden, Rn. 3; ebenso BT-Drs. 18/10207, 70. Die österreichischen Gesetzesmaterialien sprechen die Subsidiarität der neuen Schwelle nicht an; siehe Erläuterungen zur KartG-Novelle 2017, 1522 NR-Blg. XXV. GP, 3.

5 Leitfaden, Rn. 7.

6 Leitfaden, Rn. 8.

7 BT-Drs. 18/10207, 72.

8 Leitfaden, Rn. 82.

9 In der Literatur wurde die konkrete Bedeutung der Subsidiarität der Transaktionswert-Schwelle bislang nicht näher thematisiert. Auf ihre subsidiäre Anwendbarkeit wurde aber mehrfach hingewiesen; etwa Pohlmann/Wismann, Markt, Marktmacht und Transaktionswert-schwelle in der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 257 (259); Pohlmann/Wismann, Digitalisierung und Kartellrecht – Der Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, NZKart 2016, 555 (559, 561).